

Die fingierte luftverkehrsrechtliche Zustimmung in der Genehmigungspraxis für Windenergieanlagen – Rechtliche Anforderungen an die verfahrensrechtliche Mitwirkung von Luftfahrtbehörden

*Rechtsanwälte Dr. Peter Sittig und Christian Falke, Leipzig**

Im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sind gem. § 6 I BImSchG eine Vielzahl von Voraussetzungen zu prüfen, die sich bei Weitem nicht nur auf den Kernbereich des Immissionsschutzes (also den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen, vgl. § 3 I BImSchG) beschränken, sondern wegen § 6 I Nr. 2 BImSchG auch auf zahlreiche weitere Verwaltungsmaterien erstreckt werden. Eine dieser Materien bildet das Luftverkehrsrecht, welches über die §§ 12, 14, 17 LuftVG¹ für die Genehmigung von Windenergieanlagen innerhalb eines Bauschutzbereiches von Flughäfen oder – außerhalb von derartigen Bauschutzbereichen – ab einer Höhe von mehr als 100 m (bzw. 30 m in besonderen Fällen), das zwingende Erfordernis einer sog. „luftverkehrsrechtlichen Zustimmung“ vorsieht.

Die vom Gesetzgeber diesen Vorschriften gleichzeitig beigegebene, dem Verfahrensrecht bei Mitwirkungsakten nicht unbekannt², Fiktionsmöglichkeit einer solchen luftverkehrsrechtlichen Zustimmung, führt jedoch in der behördlichen Praxis bisweilen zu erheblichen Unsicherheiten. Dabei werden auch in Rechtsprechung und der Kommentarliteratur die Möglichkeiten und Grenzen der luftverkehrsrechtlichen Zustimmungsfiktion durchaus kontrovers beurteilt. Hingegen ist für Antragsteller und Behörden von unabweisbarer Bedeutung, ab wann rechtssicher vom Vorliegen einer Zustimmung und in diesem Zusammenhang von der Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens auszugehen ist.

I. Gesetzliche Grundlagen

1. Luftverkehrsrechtliche Zustimmung

a) Zustimmungserfordernis nach §§ 12, 17 LuftVG. Das Zustimmungserfordernis für Windenergieanlagen (wie auch für andere bauliche Anlagen) innerhalb von Bauschutzbereichen von Flughäfen folgt aus § 12 II LuftVG bzw. (für beschränkte Bauschutzbereiche) aus § 17 I LuftVG. Im unbeschränkten Bauschutzbereich eines Flughafens dürfen bauliche Anlagen jeder Höhe im Umkreis von 1,5 km Halbmesser um den Flughafenbezugspunkt sowie auf den Start- und Landeflächen und

den Sicherheitsflächen eines Flughafens (§ 12 II 1 LuftVG) nur mit Zustimmung der Luftfahrtbehörden genehmigt werden. Im beschränkten Bauschutzbereich gilt ein Gleiches für Bauwerke jeder Höhe im Umkreis von 1,5 km Halbmesser um den dem Flugplatzbezugspunkt entsprechenden Punkt (§ 17 S. 1 Nr. 1 LuftVG) und für Bauwerke, die eine Höhe von 25 m, bezogen auf den dem Flughafenbezugspunkt entsprechenden Punkt, überschreiten, im Umkreis von 4 km Halbmesser um den Flugplatzbezugspunkt (§ 17 S. 1 Nr. 2 LuftVG).

Dabei gilt das Zustimmungserfordernis für zivile, wie militärische Flughäfen und Flugplätze. Unterschiede ergeben sich insoweit lediglich im Hinblick auf die behördliche Zuständigkeit für die Zustimmungsentscheidung, die für den militärischen Flugplatzverkehr gem. § 30 II 4 LuftVG auf die Dienststellen der Bundeswehr übertragen wird, wohingegen im zivilen Bereich die jeweilige Landesluftfahrtbehörde³ für die Zustimmungsentscheidung zuständig ist.

b) *Zustimmungserfordernis nach § 14 LuftVG.* Die Zustimmung nach § 14 LuftVG knüpft demgegenüber nicht an die Lage eines Bauwerkes an, sondern an dessen Gesamthöhe, so dass hiernach ein Zustimmungserfordernis für Bauwerke außerhalb von Bauschutzbereichen ab einer Bauwerkshöhe von über 100 m (§ 14 I LuftVG) bzw. ab 30 m in besonderen Fällen (§ 14 II LuftVG) in der gesamten Bundesrepublik besteht.

Zuständig für die Zustimmung nach § 14 LuftVG ist – auch für den militärischen Luftverkehr – ausschließlich die zivile Luftfahrtbehörde. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass § 14 LuftVG von der Zuständigkeitsübertragung nach § 30 II 4 LuftVG nicht mit umfasst ist⁴.

2. Zustimmungsfiktion

Die gesetzliche Möglichkeit eines Fiktionseintrittes für die erforderliche Zustimmung ergibt sich zunächst aus § 12 II 2 LuftVG. Danach gilt die Zustimmung der Luftfahrtbehörde als erteilt, wenn sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird. Die Zustimmungsfiktion ist dabei nicht auf Verfahren zur Genehmigung von Anlagen in Bauschutzbereichen beschränkt, sondern gilt über die Anordnung einer entsprechenden Anwendung in §§ 14 I 2. HS und 17 S. 2 LuftVG auch für Anlagen im beschränkten Bauschutzbereich und außerhalb von Bauschutzbereichen.

II. Voraussetzungen der Zustimmungsfiktion

1. Ersuchen

Der maßgebliche Anknüpfungspunkt für den Eintritt der Zustimmungsfiktion wird zunächst durch das „Ersuchen“ der Genehmigungsbehörde an die Luftfahrtbehörde gebildet. Unter Bezugnahme auf das wortgleiche Tatbestandsmerkmal in § 36 II 2 BauGB wurden von der Rechtsprechung die hierzu entwickelten Grundsätze auch auf die luftverkehrsrechtliche Zustimmung übertragen. Demnach muss wegen der ggf. weitreichenden

Folgen aus Gründen der Rechtssicherheit ein Ersuchen eindeutig als solches formuliert sein. Die Luftfahrtbehörde muss erkennen können, dass und in welcher Hinsicht die Frist des § 12 II 2 LuftVG ausgelöst werden kann⁵.

Dies setzt voraus, dass überhaupt durch die Genehmigungsbehörde eine an die Luftfahrtbehörde gerichtete entsprechende Aufforderung zur Entscheidung ergeht. Andererseits muss die Aufforderung weder wörtlich als „Ersuchen“ benannt werden noch muss ausdrücklich auf die Folge des § 12 II 2 LuftVG hingewiesen werden⁶. Im Einzelfall kann es genügen, wenn sich das Ersuchen als solches, sowie die damit verbundenen Folgen nach dem objektiven Empfängerhorizont aus dem entsprechenden Anschreiben erkennen lassen oder wenn aus der Reaktion der Luftfahrtbehörde ersichtlich ist, dass sie selbst eine diesen Anforderungen nicht entsprechende Aufforderung der Genehmigungsbehörde als Ersuchen i.S.d. § 12 II 2 LuftVG verstanden hat. Letzteres ist jedenfalls dann der Fall, wenn sie in Reaktion auf ein Anschreiben der Genehmigungsbehörde wegen des möglichen Fiktionseintrittes um eine Fristverlängerung für ihre Entscheidung nachsucht.

2. Keine Entscheidung innerhalb der Frist

Gem. § 12 II 2 LuftVG muss die Luftfahrtbehörde innerhalb von zwei Monaten ab Eingang eines Ersuchens

* Die Autoren sind als Rechtsanwälte der MASLATON Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Leipzig tätig und befassen sich schwerpunktmäßig mit der Betreuung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieprojekte. Rechtsanwalt *Christian Falke* ist zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht.

1 Luftverkehrsgesetz v. 1.8.1922 (RGBl. 1922 I, 681), das durch Art. 2 Abs. 175 des Gesetzes v. 7.8.2013 (BGBl. I, 3154) geändert worden ist.

2 Vgl. etwa das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 II 2 BauGB.

3 Dies ist je nach landeseigener Zuständigkeitsverteilung unterschiedlich. In der Regel ist die Zuständigkeit in den nördlichen Bundesländern eher zentralisiert, im Süden verteilt, z.B. in Sachsen: die *Landesdirektion Sachsen*; in Bayern: die *Regierungen Mittelfranken* (Nordbayern) und *Oberbayern* (Südbayern); im Saarland: das *Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr*; in Berlin und Brandenburg: die *Gemeinsame Obere Luftfahrtbehörde Berlin-Brandenburg*. Einen Überblick bietet das *Luftfahrt-Bundesamt* im Internet: http://www.lba.de/DE/Oeffentlichkeitsarbeit/A_Z/Landesluftfahrtbeh%C3%B6rden/A_Z_Landesluftfahrtbehoerden.html?nn=20280.

4 *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2005, 536 (537); *VG Aachen*, ZNER 2013, 544 (546); *Grabherr*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG-Kommentar, Stand: Juni 2013, § 14 Rn. 3; *Weiss*, NVwZ 2013, 14 (15).

5 So zu § 36 II 2 BauGB: *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2007, 309 (309 f.); zu § 12 II 2 LuftVG: *VG Minden*, Ur. v. 22.9.2010 – 11 K 445/09, BeckRS 2010, 54141; *VG Minden*, Ur. v. 21.12.2011 – 11 K 2023/10, BeckRS 2012, 45556.

6 So im Ergebnis: *VG Minden*, (o. Fn. 5), BeckRS 2012, 45556.; differenzierend zu § 36 II 2 BauGB: *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 2007, 309 (309 f.), welches wegen des im Schreiben enthaltenen Hinweises auf die mögliche Einvernehmensfiktion sogar die Adressierung an die zuständige Entscheidungsträger für entbehrlich hielt.

der Genehmigungsbehörde über die Zustimmungserteilung entscheiden. Verstreich diese Frist ohne eine Entscheidung der Luftfahrtbehörde, so gilt die Zustimmung „als erteilt“. Für den Beginn des Fristlaufs ist dabei allerdings erforderlich, dass die der Luftfahrtbehörde zur Verfügung gestellten Unterlagen für die von ihr vorzunehmende Prüfung alle notwendigen Informationen enthalten und in diesem Sinne vollständig sind⁷. Denn erst dadurch wird die Luftfahrtbehörde überhaupt in die Lage versetzt, auf der Grundlage profunder Informationen eine entsprechende Entscheidung zu treffen. Andererseits ist sie auf der Grundlage der gebotenen Verfahrensbeschleunigung dazu verpflichtet, im Falle unvollständiger Unterlagen auf eine entsprechende Vervollständigung hinzuwirken.

3. Ausnahme: Fristverlängerung

Nur unter der Voraussetzung, dass wegen des Ausmaßes der erforderlichen Prüfungen eine fachliche Beurteilung innerhalb der Frist nicht möglich ist, kann die Genehmigungsbehörde im Benehmen mit dem *Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF)* die gesetzliche Entscheidungsfrist von zwei Monaten verlängern, § 12 II 3 LuftVG.

a) *Notwendige Darlegung und Entscheidung der Genehmigungsbehörde.* Die Luftfahrtbehörde muss angesichts des klaren Wortlautes der Vorschrift, der eine Verlängerung an die zwingende Voraussetzung eines übermäßigen Prüfungsaufwandes knüpft, die hierfür maßgeblichen Umstände gegenüber der Genehmigungsbehörde in geeigneter Form darlegen. Ergibt sich aus diesen Darlegungen zweifelsfrei die Notwendigkeit einer Fristverlängerung, so steht die Gewährung einer Verlängerung – entgegen dem Wortlaut der Norm („kann“) – nicht im Belieben der Genehmigungsbehörde⁸. Dies ist sachgerecht, da im Rahmen luftverkehrsrechtlicher Entscheidungen regelmäßig die Betroffenheit der Sicherheit des Luftverkehrs im Raume steht (vgl. § 29 I LuftVG) und die Wahrung dieser Sicherheit nicht von unmöglichen Anforderungen abhängig gemacht werden kann. Das wäre indessen der Fall, wenn eine profunde Entscheidung über die luftverkehrsrechtliche Zustimmung angesichts des Ausmaßes der Prüfung innerhalb der Frist objektiv nicht leistbar wäre. Schlichte Personalnot oder Arbeitsüberlastung genügt hierfür je-

doch nicht, da es sich hierbei gerade nicht um ein besonderes Schwierigkeitsmerkmal der erforderlichen Prüfung handelt.

b) *Benehmen des BAF.* Erforderlich ist indessen das Benehmen mit dem *BAF*. Anders als im Falle eines Einvernehmens, muss mit dem *BAF* demnach zwar keine Übereinstimmung erzielt werden, es muss jedoch so am Entscheidungsprozess beteiligt werden, dass es zu den einzelnen Aspekten der Darlegungen der Luftfahrtbehörde, sowie der zu treffenden Entscheidung selbst Stellung nehmen kann⁹.

4. Einzelfälle in der Praxis

In der Praxis treten ungeachtet der o.g. rechtlichen Rahmenbedingungen zahlreiche Konstellationen auf, bei denen sich die Frage stellt, wie das dargestellte Instrumentarium darauf anzuwenden ist.

a) *Fehlende Entscheidung wegen „negativer Parallelentscheidung“ zu § 18a LuftVG.* In einigen Fällen in der Praxis verzichtet die Luftfahrtbehörde ausdrücklich auf eine Entscheidung zur luftfahrtbehördlichen Zustimmung nach §§ 12 II 2 bzw. 14 I oder 17 S. 1 LuftVG und verweist zur Begründung auf die im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen häufig ebenfalls problematische Vorschrift des § 18a LuftVG¹⁰. Dabei wird meist darauf hingewiesen, dass es wegen des – im Rahmen eines parallel ablaufenden Beteiligungsverfahrens – vermeintlich festgestellten Bauverbotes für das gegenständliche Vorhaben auf eine Zustimmungsentscheidung nach §§ 12 II 2, 14 I und 17 S. 1 LuftVG „nicht mehr ankomme“ und man deshalb von einer entsprechenden Entscheidung absehe. Fraglich ist die rechtliche Einordnung eines solchen Verhaltens.

Zunächst ist davon auszugehen, dass die Behörde mit dem bloßen Hinweis, man sehe von einer Entscheidung nach § 12 II 2 LuftVG (bzw. nach §§ 14 I oder 17 S. 1 LuftVG) ab, oder es komme „darauf nicht mehr an“ ausdrücklich nicht entscheidet. Dies ist – bei aller Banalität – ein wichtiger Befund. Denn soweit (was in der Regel der Fall sein wird) diese Äußerung der Luftfahrtbehörde gegen Ende der Regelfrist von zwei Monaten gem. § 12 II 2 LuftVG erfolgt, ist hierdurch die Voraussetzung „Keine Entscheidung innerhalb der Frist“ (vgl. oben Ziff. 2) eingetreten. Ist zudem vorher ein „Ersuchen“ der Genehmigungsbehörde an die Luftfahrtbehörde ergangen, steht mithin der Weg für eine Zustimmungsfiktion nach § 12 II 2 LuftVG offen.

Dabei wird der Fiktionseintritt auch nicht dadurch gehindert, dass die Luftfahrtbehörde der Auffassung ist, es käme auf die luftfahrtbehördliche Zustimmungsentscheidung nicht mehr an. Dies folgt zum einen daraus, dass ein Fehlverständnis der Fiktionswirkung durch die Luftfahrtbehörde ohne Belang ist, solange durch das Ersuchen die notwendige „Anstoßwirkung“ gewahrt bleibt und die Luftfahrtbehörde wusste bzw. wissen musste, dass bei einer Nicht-Entscheidung nach Fristablauf die Fiktionswirkung eintreten würde¹¹.

7 *VG Minden*, (o. Fn. 5), BeckRS 2012, 45556.

8 *VG Minden*, (o. Fn. 5), BeckRS 2010, 54141 dessen Wortlaut an dieser Stelle jedoch einen Widerspruch vermuten lässt, weil es gleichzeitig auf die notwendige Abwägung der berührten Interessen hinweist; vgl. im Übrigen: *Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 61.

9 *Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 60.

10 Vgl. zu diesem Themenbereich die umfassenden Aufarbeitungen zur Anwendung des § 18a LuftVG in: *VG Oldenburg*, ZNER 2014, 125ff.; *VG Aachen*, ZNER 2013, 544ff.; ferner: *Falke/Sittig*, REE 2014, 76ff.; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403ff.

11 So auch: *VG Minden*, (o. Fn. 5), BeckRS 2012, 45556 selbst in Fällen eines entgegenstehenden Willens der Luftfahrtbehörde.

Auch der Verweis auf die – möglicherweise negative Beurteilung – im Rahmen des Beteiligungsverfahrens nach § 18a LuftVG führt nicht zu einem Entfallen der Entscheidungsobliegenheit nach §§ 12 II 2, 14 I HS. 2, 17 S. 2 LuftVG aufseiten der Luftfahrtbehörde. Denn wollte man aus der Situation des § 18a LuftVG Rückschlüsse auf die Notwendigkeit einer luftfahrtbehördlichen Zustimmungsentscheidung ziehen, hieße das, zwei völlig voneinander getrennt zu beachtende Regelungsmaterien unzulässig miteinander zu vermengen. Denn § 18a LuftVG stellt ausschließlich die Frage nach Auswirkungen eines baulichen Vorhabens auf Flugsicherungseinrichtungen. Die sich hieraus ggf. ergebende Bewertung eines materiellen Bauverbotes hat jedoch aufgrund der Gesetzessystematik keinerlei Auswirkungen auf die Entscheidung über die luftfahrtbehördliche Zustimmung nach §§ 12, 14, 17 LuftVG, die sich gerade nicht mit Auswirkungen von Bauwerken auf Flugsicherungseinrichtungen befassen, sondern mit deren Auswirkungen auf den Flugplatzverkehr (§§ 12, 17 LuftVG), respektive den Streckenflugverkehr (§ 14 LuftVG)¹². Kann jedoch die Einschätzung nach § 18a LuftVG keine Auswirkung auf die materielle Frage der Zustimmungsfähigkeit nach §§ 12, 14, 17 LuftVG haben, gilt dies denkbare erst Recht für den Eintritt einer Zustimmungsfiktion nach §§ 12 II 2, 14 I HS. 2, 17 S. 2 LuftVG.

Folglich führt die Nicht-Entscheidung der Luftfahrtbehörde unter der (letztlich falschen) Prämisse, es käme wegen der negativen Stellungnahme des BAF zu § 18a LuftVG hierauf nicht mehr an, nach Ablauf der Entscheidungsfrist zu nichts anderem, als dem Eintritt der Fiktionwirkung nach §§ 12 II 2, 14 I HS. 2, 17 S. 2 LuftVG.

b) „Vorsorgliche“ Zustimmungsversagung. In ähnliche Richtung geht der Fall einer „vorsorglichen“ Zustimmungsversagung, bei der die Luftfahrtbehörde auf Schwierigkeiten der notwendigen Bewertung hinweist (in der Regel fehlt ihr die notwendige gutachterliche Zuarbeit der Flugsicherungsorganisation gem. § 31 III i.V.m. II Nr. 7 und 9 LuftVG) und – ohne einen Fristverlängerungsantrag zu stellen (zu dieser Problematik sogleich unter lit. c) – die Zustimmung unter ausdrücklichem Hinweis auf den zu verhindernden Fiktionseintritt vorsorglich versagt. Dies ist im Kern ein Fall widersprüchlichen Verhaltens der Luftfahrtbehörde. Denn einerseits gibt sie zu erkennen, dass ihr für eine profunde Entscheidung die Grundlage (also das Gutachten der Flugsicherungsorganisation) fehlt, zum anderen trifft sie jedoch eine – negative – Zustimmungsentscheidung.

Wie dieses Verhalten letztlich zu bewerten ist, hängt dabei zunächst maßgeblich vom Wortlaut des Gesetzes ab. Die hierfür entscheidenden Vorschriften §§ 12, 14, 17 LuftVG kennen indessen das Instrument einer „vorsorglichen“ Zustimmungsversagung nicht und brauchen dies auch nicht. Denn für den Fall eines drohenden Fiktionseintritts existiert bereits ein ausdrücklich benanntes Instrument, nämlich die Fristverlängerung gem. § 12 II 3

LuftVG, mit dessen Hilfe hinreichend Gewähr dafür getragen werden kann, dass diese Rechtswirkung ausgeschlossen ist. Es ist der Luftfahrtbehörde unbenommen hiervon Gebrauch zu machen. Tut sie dies nicht, so geht das Versäumnis im Ergebnis zu ihren eigenen Lasten.

Insbesondere kann die „vorsorgliche“ Zustimmungsversagung auch nicht in eine rechtswirksame Zustimmungsversagung umgedeutet werden. Ungeachtet der Tatsache, dass nach den eigenen Ausführungen der Luftfahrtbehörde hiermit lediglich die Fiktionwirkung verhindert werden, nicht aber bereits eine Stellungnahme zum Vorhaben abgegeben werden soll, sprechen gegen eine solche Umdeutung auch erhebliche rechtsdogmatische Bedenken. Denn vor dem Hintergrund, dass die Genehmigungsbehörde an eine luftfahrtbehördliche Zustimmungsversagung gebunden ist¹³, geht mit der Zustimmungsversagung für den Antragsteller ein erheblicher Eingriff in seine Rechte, vor allem aus Art. 14 I GG (materielle Baufreiheit) einher. Dieser wäre aber rechtfertigungslos, da der Luftfahrtbehörde die sachliche Entscheidungsgrundlage fehlt. Genau dies ist aber der Fall, wenn insbesondere noch Prüfungen erforderlich sind oder die gutachterliche Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation nach § 31 III i.V.m. II Nr. 7 und 9 LuftVG fehlt¹⁴. Denn eine inhaltliche Prüfung der Voraussetzungen für eine Zustimmungsversagung findet in dieser Situation überhaupt nicht statt. Aus diesen Gründen kann die „vorsorgliche“ Zustimmungsversagung nicht als rechtswirksame Zustimmungsversagung verstanden werden und soll dies nach eigenem Dafürhalten der Luftfahrtbehörde auch nicht.

Da somit die Möglichkeit einer „vorsorglichen“ Zustimmungsversagung durch das Gesetz ausgeschlossen ist, andererseits auch die Umdeutung in einer rechtswirksamen Zustimmungsversagung weder rechtsdogmatisch, noch nach dem eigentlichen Willen der Luftfahrtbehörde selbst in Betracht kommt, bleibt allenfalls die Interpretation als – dann jedenfalls konkludentem – Fristverlängerungsantrag. Allerdings muss in diesem Fall zumindest für die Genehmigungsbehörde erkennbar sein, dass und weshalb eine Fristverlängerung erforderlich ist (vgl. oben Ziff. 3. a). Diesen Voraussetzungen entspricht eine „vorsorgliche“ Zustimmungsversagung jedenfalls pauschal nicht.

c) *Konkludente Fristverlängerung.* An das vorgenannte Problem schließt sich unmittelbar dasjenige einer konkludenten Fristverlängerung durch die Genehmigungsbehörde an. Zwar spricht – wie in lit. b ausgeführt – nichts dagegen, jedenfalls schlüssiges Verhalten der

12 *VG Aachen*, ZNER 2013, 544 (545 f.) unter ausdrücklicher Aufgabe der zuvor noch gegenteiligen Rechtsauffassung, zuletzt noch in: *VG Aachen*, ZNER 2008, 276 (277).

13 *OVG Weimar*, NVwZ-RR 2010, 347 [Leitsätze]; *VG Minden*, (o. Fn. 5), BeckRS 2010, 54141; *Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 69f.; *Grabherr*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, (o. Fn. 5), § 14 Rn. 3.

14 Vgl. zur Bedeutung dieser gutachterlichen Stellungnahme: *Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 69 f.

Luftfahrtbehörde im Sinne einer größtmöglichen Bewahrung des Luftverkehrs vor unsachgemäßen bauwerksbedingten Eingriffen, als Fristverlängerungsantrag zu interpretieren und ihr damit auf der Grundlage des positiven Rechtes die Möglichkeit einer umfassenden Bewertung von Fiktionseintritt zu erhalten. Schwieriger ist indessen der Umgang mit dem darauf folgenden „Nichtstum“ der Genehmigungsbehörde. Denn regelmäßig entzündet sich dieser Sachverhalt an dem Umstand, dass auf das ausdrückliche oder konkludente Verlangen der Luftfahrtbehörde nach Fristverlängerung i.S.d. § 12 II 3 LuftVG die für die Verlängerung zuständige Genehmigungsbehörde hierauf schweigt.

Dabei dürfte eine ihrerseits konkludente Fristverlängerung durch die schweigende Genehmigungsbehörde im Fall eines seinerseits lediglich schlüssig erkennbaren Fristverlängerungsbegehrens schon daran scheitern, dass das Schweigen der Genehmigungsbehörde hierauf kaum noch schlüssig interpretierbar sein dürfte.

Selbst im Falle eines ausdrücklichen Fristverlängerungsbegehrens durch die Luftfahrtbehörde bestehen jedoch erhebliche Bedenken gegen die Annahme einer stillschweigenden Fristverlängerung. Dies schon deshalb, weil die Fristverlängerung wegen des damit verbundenen Ausschlusses eines Fiktionseintrittes rechtsgestaltende Wirkung hat, aufgrund des Stillschweigens aber den Tag nicht erkennen lässt, an dem diese rechtsgestaltende Wirkung eintreten soll. Hierdurch werden jedoch die begründeten Interessen des davon betroffenen Antragstellers im Ergebnis unbeachtet gelassen.

Auch formale Gründe sprechen gegen die Möglichkeit einer stillschweigenden Fristverlängerung. Denn aufgrund der fehlenden Entäußerung mangelt es der Fristverlängerung naturgemäß auch an der erforderlichen Begründung der Verlängerungsentscheidung. Vor dem Hintergrund, dass eine Fristverlängerung jedoch „nicht freihändig“ gewährt werden kann, sondern schon von Gesetzes wegen an die Feststellung gebunden ist, das „wegen des Ausmaßes der erforderlichen Prüfungen“ (vgl. § 12 II 3 LuftVG) eine fristgerechte Beurteilung nicht möglich ist und demgemäß eine (ggf. inzidente) gerichtliche Überprüfung dieser Tatsache möglich sein muss, ist das Fehlen einer Begründung im Rahmen einer stillschweigenden Fristverlängerung auch beachtlich¹⁵.

Schließlich bietet eine stillschweigende Fristverlängerung auch keine hinreichende Gewähr dafür, dass die weitere Voraussetzung, nämlich das Benehmen mit dem *BAF*, tatsächlich erfolgt ist. Selbst wenn seiner Natur nach auch ein Benehmen grundsätzlich stillschweigend erfolgen kann, weil insoweit – anders als beim Einvernehmen – eine Äußerung des Benehmenden nicht zwingend erforderlich ist, gilt diese Erleichterung naturge-

mäß nicht für die Genehmigungsbehörde, sondern nur für das *BAF*. Denn unabdingbar bleibt, dass die Genehmigungsbehörde das *BAF* von dem Fristverlängerungsbegehren der Luftfahrtbehörde und den hierfür maßgeblichen Gründen in Kenntnis setzt¹⁶. Eine sich stillschweigend verhaltende Genehmigungsbehörde tut jedoch eben gerade nichts und setzt somit auch nicht das *BAF* in die gem. § 12 II 3 LuftVG zwingend erforderliche Möglichkeit einer Kenntnisnahme von den Fristverlängerungsvorgängen.

Mithin kommt insgesamt eine stillschweigende Verlängerung der Frist zur Entscheidung über die luftfahrtbehördliche Zustimmung gem. § 12 II 3 LuftVG wegen der notwendigen Beteiligungen, der notwendigen Transparenz (nicht zuletzt für den Antragsteller), des entsprechenden Verfahrens aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit für alle Beteiligten nicht in Betracht. Das Schweigen der Genehmigungsbehörde bedeutet damit – wie es auch sonst der Regelfall ist – nichts und führt insbesondere nicht dazu, dass der Fiktionseintritt nach §§ 12 II 2, 14 I HS. 2, 17 S. 2 LuftVG verzögert werden kann

III. Rechtsfolgen

Rechtsfolge des Fiktionseintrittes gem. §§ 12 II 2, 14 I HS. 2, 17 S. 2 LuftVG ist, dass die luftfahrtbehördliche Zustimmung als erteilt gilt. Strittig ist jedoch, inwiefern die fingierte Zustimmung gegen die materielle Rechtslage verstoßen darf und, ob hier Widerruf bzw. Rücknahme nach §§ 48, 49 VwVfG möglich sein sollten.

1. Maßgeblichkeit der materiellen Rechtslage

Verschiedentlich wird die Auffassung vertreten, dass eine fingierte Zustimmung nicht gegen die materielle Rechtslage verstoßen darf. Das heißt, dass in den Fällen, in denen eine Zustimmung aus Sachgründen nicht hätte erteilt werden dürfen, diese Wirkung auch nicht mittels Fiktion herbeigeführt werden kann. Dies soll sich aus dem „Umgehungsgedanken“ ergeben¹⁷.

Diese Auffassung greift indessen zu kurz und betont übermäßig eine vermeintliche Notwendigkeit, rechtswidrige Verhaltensweisen der Luftfahrtbehörde verhindern zu wollen. Denn das Umgehungsargument greift nur in Fällen, in denen eine Luftfahrtbehörde quasi in Ansehung schwerster Gefahren gleichwohl schweigt, um den Antragstellern zu Genehmigungen zu verhelfen. Ungeachtet der Tatsache, dass es schon fraglich ist, ob und wie häufig mit einem derartigen, kollusiven Zusammenwirken zwischen Luftfahrtbehörde und Antragstellern tatsächlich zu rechnen ist (die Erfahrung lehrt eher das Gegenteil), wird hierdurch der spezifische Zweck der Fiktionswirkung völlig außer Acht gelassen. Denn schon aus dem Umstand, dass die Möglichkeit einer Fristverlängerung an zwingende Voraussetzungen geknüpft und damit stark eingeschränkt ist, zeigt sich, dass es dem Gesetzgeber offenbar um die zügige Herstellung von Rechtssicherheit ging. Es sollten möglichst in beschleunigter Form „klare Verhältnisse“ geschaffen

15 Wýsk, in: *Grabherr/Reidt/Wýsk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 60.

16 Wýsk, in: *Grabherr/Reidt/Wýsk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 60.

17 Wýsk, in: *Grabherr/Reidt/Wýsk*, (o. Fn. 4), § 12 Rn. 83.

werden¹⁸. Dem widerspricht jedoch die Auffassung vom Ausschluss materiell-rechtswidriger Fiktionseintritte diame-tral, wird doch dadurch Rechtssicherheit im Ergebnis erst bei der – dann gerichtlichen – Überprüfung der Ge-nehmigung erreicht. Hinzu kommt, dass die Vorschrift des § 12 II 2 LuftVG auch dem Wortlaut nach eine Ein-schränkung der Fiktionswirkung nicht vorsieht.

Dabei kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dieses Problem gleichsam „übersehen“ habe. Denn gerade die Formulierung von gesetzlichen Fiktionsmöglichkeiten setzt die intellektuelle Beschäfti-gung mit der Frage „was wäre, wenn...“ voraus. Will der Gesetzgeber lediglich materiell richtige Entschei-dungen produzieren, so muss er die Rechtslage nur be-lassen wie sie ist. Die Formulierung von Fiktionsmö-glichkeiten zeigt demgegenüber, dass er genau das nicht will, sondern im Rahmen eines zumutbaren Zeitablaufs Klarheit – notfalls auch zulasten der materiellen Rechts-lage – schaffen will. Mithin widerspricht bei logisch konsequenter Beurteilung gerade die Existenz einer Fik-tionsmöglichkeit in § 12 II 2 LuftVG der Annahme, dass diese lediglich im Falle materiell rechtmäßig möglicher Zustimmungseinscheidungen eingreifen soll.

2. Aufhebung der Zustimmungsfiktion

Parallel zum Befund der Möglichkeit einer Zustim-mungsfiktion trotz theoretischer Rechtswidrigkeit einer tatsächlich erteilten Zustimmung, erfolgt auch die Be-antwortung der Frage nach einer möglichen Aufhebbar-keit der fingierten Zustimmung gem. §§ 48 f. VwVfG. Da es sich bei der luftfahrtbehördlichen Zustimmung um ein „Verwaltungsinternum“¹⁹ handelt, sind die §§ 48 f. VwVfG ohnehin nicht direkt, sondern allenfalls entsprechend anwendbar.

Dessen ungeachtet ist indessen zunächst maßgeblich, dass der Sinn und Zweck der Fiktionswirkung in der Herbeiführung klarer Verhältnisse innerhalb eines zu-mutbaren Zeitraumes besteht. Es hieße diese Zweckset-zung aufzuheben, wollte man nach Eintritt der Fikti-onswirkung die Aufhebbarkeit der fingierten Zustim-mung für zulässig halten.

Dabei spricht auch ein gesetzessystematischer Vergleich zur Fiktion des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 II 2 BauGB für die Annahme, dass eine kraft ge-setzlicher Fiktion eingetretene Zustimmung unaufhebbar ist. Denn für den Anwendungsbereich des gemeindli-chen Einvernehmens, der aufgrund gleicher Zweckset-zung der luftrechtlichen Regelung vergleichbar ist, ist durch die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtspre-chung hinlänglich bekannt, dass nach Fiktionseintritt diese weder widerrufen, noch zurückgenommen werden kann – vor dem Hintergrund der hierzu vergleichbaren Sachlage (jedenfalls im Bereich der Fiktionswirkung) kann demnach bei der Fiktion der luftfahrtbehördlichen Zustimmung gem. § 12 II 2 LuftVG nichts anderes gel-ten²⁰.